



De
LEGIBUS

4



Dezembro de 2022



**LEI E CULTURA. BREVES NOTAS EM HOMENAGEM
AOS 40 ANOS DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS**

FABIO ROBERTO D'ÁVILA



**REVISTA DE DIREITO
LAW JOURNAL**

EDIÇÃO ESPECIAL
ESTUDOS COMEMORATIVOS
DOS 40 ANOS DO CÓDIGO PENAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona
<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

LEI E CULTURA. BREVES NOTAS EM HOMENAGEM AOS 40 ANOS DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

FABIO ROBERTO D'AVILA*

1. A CELEBRAÇÃO DE UM LEGADO COMUM

Há exatos 200 anos, Dom Pedro I (Pedro IV de Portugal) declarava a independência do Brasil. Os nossos povos, pela primeira vez, ensaiavam caminhos diversos, davam passos em busca de uma história escrita a punho próprio.

Com a independência, e não poderia ser diferente, a então jovem Nação Brasileira demandava uma nova legislação. Era preciso, e urgente, romper com as Ordenações do Reino e estabelecer o tom que iria pautar a vida jurídica e política do país. Era preciso encontrar e afirmar uma identidade nacional.

Em 1824, viríamos a conhecer a nossa primeira Constituição. Uma Constituição de forte acento liberal, provedora de tudo o que seria necessário para bem acolher uma legislação penal igualmente liberal e moderna. E o primeiro Código Penal do Brasil, o Código Penal do Império, promulgado em 1830,

* Professor Titular da Escola de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS (Porto Alegre, Brasil); Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal); Pós-Doutor em Ciências Penais pela Johann Wolfgang Goethe Universität, Frankfurt am Main (Alemanha) com apoio científico pela Alexander von Humboldt Stiftung, Presidente do Instituto Eduardo Correia (IEDC), Advogado, Consultor e Parecerista em matéria penal.

1 A Constituição do Império, em seu artigo 179, estabelecia um importante rol de direitos e garantias individuais, deixando transparecer, dentre outras coisas, uma forte influência do pensamento de Bentham, exuberante, aliás, em seu inciso 2º: “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”. Ainda, no que toca ao particular interesse do direito penal, previa a Carta Constitucional a “irretroatividade da lei (inc. III), a liberdade de culto (inc. V), a igualdade de tratamento (inc. XIII), a abolição da tortura e das penas cruéis (inc. XIX), que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, tendo sido abolido o confisco e a transmissão da infâmia aos parentes (inc. XX), condições de higiene e segurança das prisões e a separação dos réus de acordo com os crimes cometidos (inc. XXI), além de uma série de garantias de natureza processual penal relativa ao ato da prisão (inc. VIII, IX e X)” (D’Avila, Fabio Roberto. “Antecedentes históricos do código penal brasileiro”, *Revista de Estudos Criminais* 43 (2011), p. 118 s.). Por fim, determinava o art.179 a elaboração, “o quanto antes”, de um Código Criminal para o Império do Brasil “fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade” (inc. XVIII) (Brasil, *Constituição Política do Império do Brasil* (25 de Março de 1824), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm, acesso em 22 de Novembro de 2022).

cumpriria, de facto, essa ambiciosa promessa. Festejado, dentro e fora do Brasil, como um texto liberal, de alta qualidade técnica e avançado para o seu tempo,² a legislação brasileira acabou por influenciar o Código Espanhol de 1848 e, por consequência, uma série de outros Códigos da América Latina que buscaram na legislação espanhola a sua inspiração.³ A primeira codificação penal brasileira afirmava-se, pois, como motivo de orgulho do então nascente Brasil Imperial.

O que não está dito, entretanto, é que o Primeiro Código Penal do Brasil vinha pelas mãos de dois deputados: Bernardo Pereira de Vasconcelos, autor do projeto que se mostrou decisivo para o início dos trabalhos legislativos, e José Clemente Pereira.⁴ Ambos egressos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,⁵ onde então ecoavam fortes ideais iluministas. Ideais que, todavia, não podiam obter, naquele momento histórico, a mesma ressonância no Reino de Portugal.

Coimbra falava, pois, ao Brasil. Falava por meio de seus egressos. E o primeiro código penal do Brasil revelava que os laços que uniam as duas nações eram, em realidade, bem mais profundos. À margem do político, à margem dos brados pela Independência e da busca por identidade, as letras jurídicas de Brasil e Portugal percorriam outro caminho: o da celebração de um legado cultural comum, a amalgamar povos que seriam sempre irmãos.

Duzentos anos depois, estamos hoje a celebrar os 40 anos do Código Penal Português. E mais uma vez, as letras jurídicas de Portugal, agora pelo magistério do grande Eduardo Correia, faz do Direito lugar de encontro. Permitam-me, por isso, que não me sinta de todo estrangeiro nessa tão merecida celebração. Permitam-me que me sinta também em Casa, a celebrar convosco

2 Aníbal Bruno, *Direito penal*, tomo 1, (3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967), 178; Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, vol. I, tomo I, (1.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 1952), 123 s.; Magalhães Noronha, *Direito penal*, vol. I, (São Paulo: Saraiva, 1959), 79.

3 Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, (Buenos Aires: Losada, 1950), 1046; Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, 123; José Henrique Pierangeli, *Códigos penais do Brasil. Evolução histórica*, (2.^a ed., São Paulo: RT, 2004), 73.

4 Pierangeli, *Códigos penais do Brasil*, 66 s.; Aníbal Bruno, *Direito penal*, 178; Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, 122.

5 Ruth Gauer, *A construção do Estado-Nação no Brasil. A contribuição dos egressos de Coimbra*, (Curitiba, 2001), 305.

a construção de um patrimônio cultural que desconhece as fronteiras políticas que separam os nossos povos.

2. LEI, CULTURA E CODIFICAÇÃO. BREVES NOTAS EM HOMENAGEM AOS 40 ANOS DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

Não há leis perfeitas; bem sabemos nós. Por isso, não é um suposto estado de perfeição técnica o índice de virtude de uma dada legislação. Enquanto juristas, estamos sempre premidos pela constância da mudança. Mudança que reina soberana sobre todas as coisas e que faz das leis sempre leis de um dado tempo histórico. Vivemos, inapelavelmente, na contingência do efêmero e do precário.

Ao dizer isso, contudo, não se está a insinuar que construímos leis sobre a espuma do tempo. Pelo contrário. O apetite de Cronos, ainda que implacável para com seus filhos, não o é com a sua história. Deixa-a remanescer no contínuo do tempo, a ganhar em eloquência quando contada a partir de suas dimensões mais profundas e densas.

Uma codificação não é, por essa precisa razão, lugar de partida, mas, sempre, irremediavelmente, lugar de chegada. É a cristalização de um estado de coisas que o antecede e lhe dá vida. De um estado de coisas que lhe confere as condições fácticas de possibilidade; e que se faz, junto das leis, testemunho vivo de um dado estágio político, cultural e civilizacional.

Não é por outra razão que os Projetos da Parte Geral (1963) e da Parte Especial (1966),⁶ apresentados por Eduardo Correia na década de 60, teriam de esperar, teriam de aguardar o momento adequado para então conformar a nova Codificação Penal portuguesa. Sob uma perspectiva política, àquela altura, os tempos ainda não estavam maduros para o conjunto de avanços reivindicados.⁷ E, ao não estar maduros, revelavam, de pronto, já à partida, o

6 Código Penal. Introdução ao Decreto-Lei n.º 400/82, org. por José de Faria Costa, (2.ª ed., Coimbra: Quarteto, 2000), 4 s.

7 “O étimo fundante do Estado português”, observa Figueiredo Dias, “era ainda, nessa altura, claramente antidemocrático e antiliberal e chocava por isso com algumas das características mais notáveis da reforma proposta” (Jorge de Figueiredo Dias, “O código penal português de 1982 e a sua reforma”, *RPCC* 3 (1993), 165). Sobre o contexto histórico do Código Penal de 1982, ver, em particular, Cristina Líbano Monteiro, “O código penal de 1982. Subsídio para uma compreensão histórica da sua génese”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, (vol. LXVIII, 1992), 273 s.

primeiro grande valor da novel legislação: o seu espírito vanguardista, a sua vocação para o futuro, a insistir em falar para um povo e para um tempo que ainda haveriam de vir.

Os Projetos de Eduardo Correia assumiam vivo compromisso com uma política-criminal liberal, humana e socializadora. Por um lado, afirmava o que era preciso afirmar: a raiz humanitária e cultural portuguesa a sustentar e animar a recusa à pena de morte e à prisão perpétua. Por outro, avançava no que era preciso avançar. Por meio de um sem-número de penas de substituição⁸, convertia a pena privativa de liberdade em real e efetiva extrema *ratio*. Reconhecia-se e buscava-se, com a articulação técnica necessária, fazer frente aos efeitos deletérios do cárcere. Em seu conjunto, mais do que um simples modelo sancionatório, a proposta revelava uma precisa compreensão acerca do *sentido da pena criminal* e exaltava um *humano olhar sobre outro*, em *uma otimista defesa de uma “antropologia otimista”*.⁹

No que toca ao crime, bem se sabe, os Projetos consagravam um modelo de direito penal fortemente comprometido com o princípio da culpa e com a tutela de bens jurídicos.¹⁰ Fala-se de um verdadeiro programa de descriminalização, ainda que moderado; na forma de uma codificação liberal e secularizada, que viria a perfilar uma Parte Especial marcada pela prevalência dos valores individuais sobre os coletivos.¹¹

Assim posto, pautado por tais parâmetros e redigido com extraordinário rigor técnico-científico, não surpreende que o Código Penal de 1982, quando da sua aprovação, tenha sido aclamado nos mais cultos círculos de dentro e fora de Portugal.¹² Reconhecimento esse, porém, que

8 Figueiredo Dias, “O código penal português de 1982”, 165.

9 No registro de Rocha, Eduardo Correia “foi um homem de formação liberal, um crente na liberdade e na responsabilidade pessoal, um adepto de uma cultura humanista, sem horizontes fechados, um fervoroso defensor de uma antropologia otimista; e que toda a vida se preocupou com a problemática do homem delinquente e sua correlação com a proteção das vítimas de crimes” (António Lopes Rocha, “A revisão do código penal português”, *RPCC* 3 (1993), p. 234. Também, Manuel da Costa Andrade, “Sobre a reforma do código penal português”, *RPCC* 3 (1993), 428.

10 Figueiredo Dias, “O código penal português de 1982”, 165; António Lopes Rocha, “A revisão do código penal português”, *RPCC* 3 (1993), 234.

11 Figueiredo Dias, “O código penal português de 1982”, *RPCC* 3 (1993), 165.

12 Um código que foi recebido — nas palavras de Costa Andrade — “com o aplauso quase unânime dos especialistas portugueses e com a simpatia dos penalistas estrangeiros” (Costa Andrade, “Sobre a reforma do código penal português”, 429). Também assim, destacando os nomes de Hans-Heinrich Jes-

não conforma uma qualquer garantia de sereno acolhimento. Já à partida, teve a reforma de enfrentar a reação daqueles que a tomavam por demasiadamente branda, por demasiadamente condescendente com os infratores. A resultar, dado o contexto político da época, em um imediato movimento de revisão.¹³

Mas a grandeza de um código não se aquilata apenas por elogios. O teor das críticas que então se levantavam e o movimento legislativo que dali se seguiu viriam a conformar a derradeira e definitiva prova da bondade da codificação de 82. Os ajustes propostos, sempre necessários dada a passagem do tempo¹⁴, em nada afetariam a essência do Código. Bem ao contrário. O Código Penal e o Programa Político-Criminal que lhe subjaz saíam, de todo, fortalecidos.¹⁵ A excelência da legislação penal portuguesa era, ao fim e ao cabo, reafirmada.

Um Código penal, contudo, dizíamos ao início, não é lugar de partida. É lugar de chegada. Por tudo que simboliza e significa, é também índice exuberante de civilidade de uma nação e da estatura moral de seu povo. Sempre a falar pelas linhas de força que se propõem a costurar o sentido último de uma dada normatividade penal.

E naquilo que nos toca, já não pode haver dúvida. Já não pode haver dúvida sobre o modelo de direito penal que, originariamente posto por Eduardo Correia, veio a ser defendido e sufragado pela comunidade jurídica portuguesa. E que, por sua particular trajetória, permitiu a cristalização de ideias que marcam profundamente a tradição portuguesa, a sua vivência universitária e a sua práxis penal.

check, Marc Ancel e Pierre Canat, o texto de Introdução ao Decreto-Lei n.º 400/82 (Código Penal. Introdução ao Decreto-Lei n.º 400/82, org. por José de Faria Costa, 2.ª ed., Coimbra: Quarteto, 2000, p. 4).

13 Costa Andrade, “Sobre a reforma do código penal português”, 428.

14 Costa Andrade, “Sobre a reforma do código penal português”, 431; José Narciso Cunha Rodrigues, “Os crimes patrimoniais e económicos no código penal português”, *RPCC* 3 (1993), 515.

15 Em seu texto de abertura, registra o Decreto-Lei n.º 48/95 que “o Código Penal de 1982 permanece válido na sua essência” e que a necessidade de ajustes, dada a “experiência da sua aplicação ao longo de mais de uma década”, teria se dado com o cuidado de salvaguardar “toda a filosofia que presidiu à sua elaboração e que permite afirmá-lo como um Código de raiz democrática inserido no parâmetro de um Estado de direito”. Observa ainda que, na “parte geral, manteve-se intocada a matéria relativa à construção do conceito de crime (artigos 1º a 39º), devidamente consolidada na doutrina e na jurisprudência, introduzindo-se, contudo, alterações significativas no domínio das sanções criminais” (Código Penal. Decreto-Lei n.º 48/95, org. por José de Faria Costa, 2.ª ed., Coimbra: Quarteto, 2000, p. 29 s.).

A esse propósito, o saudoso Hünerfeld, em seus estudos de habilitação, publicados um ano antes da entrada em vigor do Código Penal de 82, debruçava-se sobre o que denominou de “moderna teoria portuguesa do crime”.¹⁶ E já na altura lançava luz, e bem, sobre a relevância da dimensão objetiva do ilícito na doutrina portuguesa. De um ilícito penal que, sem abrir mão da exigência de estrita legalidade, ganha vida em uma dimensão axiológico-normativa desvinculado do autor.¹⁷ Erigia-se a partir do desvalor que expressa a lesão ou pôr-em-perigo a bens jurídico-penais. Étimo fundante da teleologia da norma, mas também, e fundamentalmente, da própria função do direito penal.

Uma tal premissa, levada a sério, reclamava um novo olhar sobre o conceito de *Tatbestand*. Não mais a simples descrição formal da conduta criminosa, como uma vez proposto por Beling¹⁸, o *Tatbestand* assumia-se, nas palavras de Eduardo Correia, como verdadeiro “portador da valoração jurídico-criminal que o juízo de ilicitude exprime”.¹⁹ E, nesse preciso horizonte, desdobramentos revolucionários ganhavam forma, a alcançar um sem-número de institutos, a exemplo dos critérios de imputação penal e dos parâmetros da tentativa. Todos, na medida do possível, contemplados com o rigor e o cuidado necessário na regulação geral do novo Código. Mas não só. O princípio geral de tutela de bens jurídicos se faria igualmente sentir na criteriosa seleção e estruturação das figuras típicas, bem como na distinção entre direito penal e direito de mera ordenação social. Distinção fundamental que viria a ensejar uma inédita circunscrição da matéria penal, por meio do advento das contraordenações em substituição das antigas contravenções penais.

Isso por um lado. Por outro, compartilhando do mesmo vigor, também o princípio da culpa ganharia o devido protagonismo, trazendo o necessário

16 Peter Hünerfeld, *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Verbrechenslehre und ihre Entwicklung in einem europäischen Zusammenhang, Baden-Baden: Nomos, 1981, p. 161 s.

17 *Ibidem*, 174.

18 Ernst Beling. *Die Lehre vom Verbrechen*, (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1906), 3.

19 Eduardo Correia, *Direito Criminal*, vol. 1, com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias, (reimpressão), (Coimbra: Almedina, 1999), 281; na linha já sinalizada por Mezger, ao afirmar o *Tatbestand* como “verdadeiro portador da valoração jurídico-penal do ilícito” (*der eigentliche Träger strafrechtlicher Unrechtsbewertung*) (Edmund Mezger, *Strafrecht*, 3.^a ed., Berlin; München: Duncker e Humblot, 1949, p. 176).

equilíbrio não apenas para o processo de reconhecimento e conformação do crime, mas também, e fundamentalmente, para as garantias e para os espaços de liberdade que deles decorrem e que, só assim, se fazem verdadeiramente possíveis.²⁰

Juntas, tais linhas de força dão forma a uma já conhecida paisagem. Mas também, em igual medida, deixam surpreender a reivindicação por uma dada e precisa concepção de pessoa. Pela mão da ideia de culpa, professa-se a convicção em um homem livre e responsável. Ou ainda, na expressão de Eduardo Correia, arranca-se “do pensamento de que ‘ser homem tem o sentido de ser responsável’”.²¹ Ao passo que a tutela de bens, é dizer, a construção de um direito penal voltado a proteção dos valores fundamentais e indispensáveis à vida em comunidade, coloca o homem diante da sua dimensão comunitária, da experiência existencial que apenas o outro torna possível, a demandar que somente com o outro e a partir do outro, seja possível encontrar o sentido último de uma liberdade responsável.

Nada disso, porém, ganharia forma, e estaria sujeita à implacável lixívia da história, não fosse o Código ser o que verdadeiramente é ou o que, no tempo certo, viria a ser. Isto é: a expressão legítima do patrimônio cultural do seu povo. Não de uma qualquer pretensão de homogeneidade — é preciso que se diga —, o que aqui não se quer e que, verdadeiramente, não pode ter lugar.²² Os códigos penais são, e é bom que assim sejam, espaços de heterogeneidade. Mas, sim, expressão daquilo que lhe há de mais próprio e identitário, expressão por meio da qual o povo português afirma e reafirma, a cada dia, o seu legado humanista, a sua crença em um direito penal democrático e liberal, a sua confiança no Estado de Direito, e, acima de tudo, a sua convicção na humanidade dos homens e na dignidade da pessoa humana. Aqui, precisamente aqui, nesse caldo ético, político e cultural, radica o étimo libertário que deve

20 Jorge de Figueiredo Dias, “A reforma do direito penal português. Princípios e orientações fundamentais”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLVIII, (Coimbra, 1972), *passim*.

21 Eduardo Correia, *apud*, Jorge de Figueiredo Dias, “A reforma do direito penal português. Princípios e orientações fundamentais”, 14.

22 Sobre a questão da heterogeneidade na codificação criminal, a bem ressaltar que, “salutarmente, as PGs são heterogêneas”, ver José de Faria Costa, “Relações entre a parte geral e a parte especial do código penal”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXI, (Coimbra, 1995), 130 ss.

habitar toda e qualquer codificação penal. Sem ele, as palavras deixam-se dançar. Deixam-se dançar ao som do populismo. Deixam-se dançar ao canto de discursos autoritários.

3. A TÍTULO DE DESPEDIDA. É PRECISO CELEBRAR

Celebrar os 40 anos do Código Penal português é, por tudo isso, celebrar a história e o patrimônio moral e cultural de todo um espaço de juridicidade, é celebrar a grandeza do seu povo, é celebrar a grandeza de sua gente.

Termino, pois, como comecei. A agradecer o privilégio de poder celebrar convosco. De poder, a viva voz, parabenizá-los pelos 40 anos de um Diploma Penal que enaltece as letras jurídicas!